Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

IV.

Dogmengeſchichtliche Darſtellung der Lehre von der Lex Commissoria bei dem Pfandrechte.

Von Herrn Geh. Hofrath Dr. **Warnkönig** zu Freiburg.

(Beſchluß des Aufſatzes No. II. im vorigen Hefte.)

§. 16. Vom Einfluſſe des Verbotes der Lex Commissoria bei Verpfändungen auf das germaniſche Recht.

Es bleibt uns in dieſer Abhandlung noch ein Punkt zu beleuchten übrig, nämlich der Einfluß, welchen das römiſch rechtliche Verbot des commiſſoriſchen Pfandvertrages auf die Umgeſtaltung des germaniſchen Rechtes hatte.

Schon im Anfange unſrer Unterſuchungen wurde bemerkt, daß das römiſche Recht von ſeiner Verbreitung im neuen Europa an, mit dem germaniſchen, nach welchem dieſe Verpfändungsweiſe üblich war, in Kampf treten mußte, alſo auch in Deutſchland, nachdem die juſtinianeiſche Geſetzgebung gemeines Recht bei uns geworden und der Sieg des Erſten über das Letzte vollendet war, obgleich noch viele Wirkungen des früher geltenden Rechts fortbeſtanden.

Um nun von dieſem Allen in jeder Hinſicht befriedigende Kunde zu geben, wäre eine genaue Geſchichte des germaniſchen Pfandrechtes hier voran zu ſchicken. Der Verfaſſer hatte die Abſicht eine ſolche zu verſuchen, allein der Mangel an Zeit und Quellen nöthigt ihn, von dieſem Vorhaben abzuſtehen und ſich auf die Reſultate der Forſchungen zu beſchränken, welche die deutſchen Rechtsgelehrten ſeit dem 17ten Jahrhundert über dieſen Gegenſtand angeſtellt und die neueſten Bearbeiter des deutſchen Privatrechtes wie Eichhorn, Mittermaier, Phillips und Maurenbrecher zur Grundlage ihrer Darſtellung dieſer Lehre genommen haben. Sie reichen auf jeden Fall hin, die Gültigkeit der Lex Commissoria vor der Ver-

breitung des römiſchen Rechtes in Deutſchland und in andern von germaniſchen Völkern gegründeten Staaten außer Zweifel zu ſetzen, wenn auch (wie ſogleich gezeigt werden ſoll) ein Hauptpunct in der Geſchichte dieſes Rechtes noch nicht als vollkommen aufgehellt erklärt werden muß.

I. Hiſtoriſch gewiß iſt es: daß unſere Voräldern ſehr häufig die Verpfändungen, namentlich die ausgedehnter Territorien unter der Form eines Verkaufs auf Wiederkauf zu machen pflegten. Dieß haben unter den frühern Germaniſten Strauch, Thomaſius, Pottgieſer und v. Meiern, beſonders aber Riccius bewieſen. Mehrere Neuere führten dafür verſchiedene Urkunden an, wie aus Mittermaiers Grundſätzen des Deutſchen Privatrechtes 5. Ausgabe B. I. S. 582. zu erſehen iſt, und aus einer Maſſe von Diplomen aus allen germaniſch chriſtlichen europäiſchen Ländern erhärtet werden könnte [1]).

Dieſe Verpfändungs- oder Verſetzungsweiſe enthielt jedoch nicht nothwendig eine lex commissoria, ſie konnte nämlich auf eine zweifache Weiſe geſchehen,

a) ſo daß zwar auf den das Geld vorſchießenden Käufer, das Eigenthum und der Beſitz der verpfändeten Territorien oder Liegenſchaften übertragen, jedoch ein auf keine Zeit beſchränktes (nur hie und da erſt nach einer beſtimmten Reihe von Jahren nach zu ſuchendes) Einlöſungsrecht dem Verkäufer d. h. dem Schuldner vorbehalten wurde.

Daraus ging das Inſtitut der Pfandſchaften und des Pfandbeſitzes hervor, welches am klarſten und vollſtändigſten von Maurenbrecher in §. 257 und 258 der zweiten Ausgabe ſeines Lehrbuches des geſammten heutigen deutſchen Privatrechtes Bonn 1840 B. I. S. 556—563 entwickelt worden iſt. Es zeigt dieſer, daß ſolche Pfandſchaf-

1) Für das alte Flandern beweiſen dieß mehrere Urkunden im III. Bande meiner flandriſchen Staats- und Rechtsgeſchichte die im §. 9. deſſelben S. 84 — 88 beleuchtet ſind.

ten noch am Niederrhein beſtehen, wo das Löſungsrecht derſelben ſogar als ein eigenes Recht verkäuflich übertragen zu werden pflegt.

b) Der Verkauf auf Wiederkauf konnte aber auch ſo geſchloſſen werden, daß das Einlöſungsrecht nur vor dem Ablauf einer beſtimmten Zeit geübt werden konnte, nach dem Ablauf aber der Käufer (alſo der Gläubiger) für immer Herr, der ihm zur Sicherheit für ſeine Forderung verkauften (oder vielmehr verſetzten) Liegenſchaften blieb. In dieſem Fall war unter der Form des Kaufes ein commiſſoriſcher Pfandvertrag vorhanden.

Daß, wie Mittermaier u. a. O. S. 585 behauptet in einem ſolchen Falle, wenn er der Einführung des römiſchen Rechtes voranging, dem Verkäufer das Einlöſungsrecht ſeit der Einführung dieſes Rechtes in Deutſchland zuſtehe — weil das konſtantiniſche Verbot mit einer rückwirkende Kraft [2]) verſehen iſt, möchte der Verfaſſer bezweifeln.

II. Es iſt ebenfalls gewiß, daß nach altdeutſchem Rechte nicht alle Verpfändungen unter der Form eines Verkaufes auf Wiederkauf vorkommen — ſondern auch als ein eigenes Rechtsgeſchäft, welches Pfand, Verſatz lateiniſch vadium, pignus pignoratio u. dgl. hieß. Schon die leges Barbarorum [3]) und ſpäter die Spiegel [4]) enthalten über dieſen Pfandvertrag Grundſätze. Ueber die Hauptwirkungen dieſer Verpfändungsweiſe und namentlich über die Frage: ob durch dieſelben nach den allgemeinen Grundſätzen des germaniſchen Rechts der

2) Dieſe hatte doch nur ſtatt zur Zeit, wo Conſtantin die c. 3. C. 8. 35 erließ.

3) L. Allam. 86. 2. bei Walter L. p. 227. L. Frison. Addit Sapient. IX. 1. 2. Walter p. 573. L. Wisigoth V. 6. §. 3. 4. Walter I. p. 528. Die Leges Longobardorum nämlich Edit. v. Rotharis. 249. 257. Walter p. 729 — 730. Eichhorn S. 581. §. 61 und 361.

4) Siehe die Stellen bei Mittermaier S. 581. 582. beſ. d. Sachſenſpiegel II. 24. 36. 60. III. 6. Schwabenſpiegel 247. bei Laßberg 258. S. 116.

Gläubiger ebenfalls wie beim Verkauf auf Wiederkauf u. ſ. f. Eigenthümer der verſetzten Sache würde, iſt unter den Germaniſten viel geſtritten worden.

In wie weit es uns möglich war die Dogmengeſchichte dieſer Lehre zu verfolgen, fanden wir:

A. Daß unter den ältern Bearbeitern derſelben Gundling[5]), Thomaſius[6]), J. G. v. Meyern[7]), J. H. Böhmer[8]), Engau[9]), Eiſenhart[10]) der Anſicht huldigten: der Pfandgläubiger ſey nach germaniſchem Rechte Eigenthümer der ihm verſetzten Sache geworden, daß aber dieſe Anſicht auf das Gründlichſte bekämpft wurde durch Strauch[11]), Pottgieſer[12]) und vor allem durch Riccius[13]), ſo daß Selchow[14]) dieſelben für gänzlich widerlegt erklärte. Später aber wurde ſie wieder vertheidigt oder behauptet von Eſtor[15]), Haltaus[16]), Senkenberg[17]) und beſonders von Dreyer[18]), ſo daß 1785 Fiſcher in Theil I. S. 293. ſeiner Geſchichte des deutſchen Handels ihr wie-

---

5) Gundling Schediasma de jure oppignorationis territorialis §. LXXXIII.

6) Thomasius de usu practico distinctionis inter pactum de retrovendendo et contractum pignoratitium c. II. v. 18.

7) v. Meyern von der Rechtmäßigkeit des 6. Zinstheiles S. 25

8) J. H. Boehmer exercitat. ad Pandect. III. Th. p. 862.

9) Engau elementa juris Germanici lib. III lit. XIV. §. 160. pag. 389.

10) J. F. Eisenhart institut. juris germanici privat. III. tit. 14. §. 1. pag. 276.

11) De oppign. rerum imperii

12) De natura atque indole pign. Germanici. Marburg. 1722.

13) Doctrina de dominio pignoris germanici in creditorem translati. examen polemicum. Gotha. 1746.

14) Elementa juris Germanici ad I. 5. 577.

15) Estor bürgerliche Rechtsgelehrtheit I. 3. 991.

16) Haltaus V. Pand.

17) Senkenberg de reluitione oppignorati territorii. §. 9. 10.

18) Dreyer du usu juris Anglosaxonici p. 136. 137.

der beipflichtet, während 1787 Bodman in Koppes Magazin [19]) sie auf's Neue für ungegründet erklärt.

B. Durch Albrechts höchst wichtige Untersuchungen über die Gewehr erhielt aber 1828 auch dieser Theil des germanischen Sachenrechts eine völlige Umgestaltung, indem dieser gründliche Kenner des deutschen Rechts S. 12 und ff. das Vorkommen einer eigenen Pfandgewehre beim Pfandgläubiger nachweist, also zeigt, daß er nicht als Eigenthümer dieses Pfandes angesehen werden darf. Eichhorn in seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte §. 61 und 361. hat diese Auffassungsweise des deutschen Pfandvertrages ebenfalls und bald ging sie in die Lehrbücher des deutschen Privatrechts über, wo sie zu finden ist, bei Mittermaier I. 8. 260. Phillips §. 180 — 113 [20]) und Maurenbrecher §. 300 — 302.

Wie tiefgehend und scharfsinnig nun die Untersuchungen Albrechts sind, und wie verdient auch der ihnen gewordene Beifall ist, so hält der Verfasser dieser Abhandlung dieselben doch nicht für so erschöpfend, daß die Frage: ob der deutsche Pfandvertrag niemals den Pfandgläubiger zum Eigenthümer der Sache gemacht habe, für gänzlich entschieden angesehen werden könne?

Albrechts Untersuchungen sind fast nur auf die allgemeinen Quellen des deutschen Rechts im Mittelalter gestützt, deren Bestimmungen nicht so genau und ins Einzelne gehend sind, daß man aus denselben den Stand des in den verschiedenen deutschen Ländern wirklich geltenden Pfandrechts mit Gewißheit beweisen könnte. Es müßte zu diesem Zwecke

---

19) I. Erster Jahrgang Neu Strelitz 1789. S. 241. 242 S. über alle frühere Sievers de contractu pignoratitio. Hamburgensi. Jena 1768. p. 26.

20) Dieser Schriftsteller folgt Albrecht auf das Allerstrengste.

1. Ein genaues Studium der alten Verpfändungsurkunden, die in Sammlungen vorkommen, veranstaltet [21]) und

2. eine Vergleichung der älteren Statutarrechte angestellt werde, eine Arbeit, die längere Zeit einen oder einige Germanisten beschäftigen dürfte.

Nach dem gegenwärtigen Stande unserer Kunde über die Natur und Wirksamkeit der germanischen Verpfändung scheint indessen das gewiß zu seyn, daß dieselbe die lex commissoria nicht nothwendig in sich begriff, sondern nur dann, wenn das Einlösungsrecht des Pfandes in einer kürzeren oder längeren Zeitfrist gebunden war, wie beim Verkauf mit Wiederkauf.

Im entgegengesetzten Falle — also wenn der Schuldner die Sache immer einlösen könnte, hätte der Gläubiger insofern dieselbe eine unbewegliche war, den Pfandschaftsbesitz, dessen Wesen, wie schon bemerkt, von Mauernbrecher in §. 257—258 seines Lehrbuches des deutschen Privatrechts entwickelt und beleuchtet ist [22]). Mobilien waren nach diesem Schriftsteller I. S. 650 Note 12. dem Gläubiger immer verfallen, wenn der Schuldner, nachdem ihm aufgeboten war, nicht zahlen konnte. Nach Albrecht S. 152 wurde dieselbe dem Gläubiger angeweldigt [23]), so daß er sie veräußern

---

21) Bei Albrecht werden nun Urkunden aus Günther, Gercken, Schannat und Kindlinger angeführt. Spangenberg vom Urkundenbeweis I. S. 399. II. 237. Albrecht de protationibus §. 7. haben nur ganz wenige Diplome. Unter den Schriftstellern über einzelne Naturrechte können verglichen werden: Donand Geschichte des bremenschen Statutarrechts II. S. 316. Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte von Zürich I. S. 93. 423. II 119 127. 120.

Andersen Hamburger Statutarrecht S. 29.

22) S. ebendaselbst S. 562.

23) Die ältesten Communalstatuten von Noyon von 1108. erneuert durch Phillip August i. J. 1181. haben im §. 12 folgende

konnte, in welchem Falle er die Veräußerung gerichtlich vornehmen: und den Ueberſchuß herausgeben mußte. Er konnte jedoch das Pfand auch behalten. Es ſcheinen übrigens die Rechtsſtatuten von einander ſehr abweichend zu ſeyn [24]). Dieſelben Grundſätze kommen auch wohl bei verpfändeten Immobilien vor [25]), obgleich hier der obenangegebene Pfandſchaftsbeſitz des Gläubigers ohne Verpflichtung zur Distraction die Regel war. Daraus daß 1) Vorzüglich bei beweglichen Sachen der Gläubiger das periculum zu tragen hatte und mit dem Untergang des Pfandes ſeine Forderung verlor. 2) Daß mit dem Pfandbeſitze, beſonders von Immobilien, der Fruchtgenuß der Sache verbunden, alſo ein antichretiſches Pfand vorhanden war, folgt das ſich von ſelbſt Verſtehen der lex commissoria durchaus nicht. Das Tragen der Gefahr durch den Gläubiger war zu Gunſten des Schuldners; die Antichrése aber deßhalb ſehr gewöhnlich, weil der Schuldner keine Zinſen von dem Capital bezahlte.

Was übrigens dieſen Fruchtgenuß betrifft, ſo kam er auf

Verfügungen über den Eigenthumserwerb des nicht eingelösten Pfandes durch den Gläubiger: Si quis terram vel domum in vadimonio posuerit vel aliquid aliud, et determinato tempore non reddiderit, ille, qui vadimonium habet, si voluerit, illud adsignare sibi et ad se trahere, judices et Scabinos illuc adducat, et si post infra quindecim dies redemtum non fuerit perpetuo sibi jure possideat, et judicibus octo denarios Scabinis quatuor exsolvat. Ordonnances des Rois de France XI. p. 234. Auch nach flandriſchem Rechte wurde das Pfand dem nicht zur gehörigen Zeit befriedigten Gläubiger zugeſchlagen Meine flandr. St.- u. R. Geſchichte B. I. Abth. I. S. 86—88.

24) Albrecht folgen hier Phillips S. 590. wo die Freiburger Statuten angeführt ſind, die dem Gläubiger den Ueberſchuß zugeſprochen; ferner S. 594 Mittermaier. Maurenbrecher a. a. O. Note 14. ſagt wohl deßhalb, der Ueberſchuß ſey nach einigen Statutar-Rechten dem Gläubiger geblieben.

25) Albrecht S. 152. 153.

eine doppelte Weiſe vor [26]), entweder ſo, daß der Gläubiger darüber keine Rechenſchaft dem Schuldner abzulegen, ihn alſo gerade ſo wie ein widerrufliches Eigenthum hatte und dann hieß das Pfand **vadium mortuum**, altfranzöſiſch **mort-gage**, weil wenn durch die Rückzahlung der Schuld dasſelbe nicht eingelöſt wurde, für den Schuldner alles verloren war [27]), oder 2) der Gläubiger hatte den Ertrag der Früchte zu berechnen und an ſeiner Forderung abzuziehen. In letzterem Falle kehrte das Pfand nach Ablauf einer Reihe von Jahren an den Schuldner von ſelbſt zurück. Es war für ihn nicht todt und hieß deßhalb **vadium vivum** (**vif-gage**).

Auf den erſten Anblick iſt man geneigt, im **mort-gage** [28]) ſtets eine commiſſoriſche Verpfändung anzunehmen, allein die

---

26) Albrecht S. 143 No. 2.

27) Genaure Angaben hierüber finden ſich in den bei Mittermaier citirten engliſchen und franzöſiſchen Schriftſtellern v. Blakstone, Houard (hier bei Glanvilla im Buche „regiam majestatem", bei Littleton, Bouteiller, Loisel, Lauriere, Merlin. Ferner kann man vergleichen Beaumanoir ch. 8. p. 345. und die Olim kürzlich herausgeben von Beugnot in der Collection des documents inédits sur l'histoire de France p. 440 No. 8. Note 12. Im Buch regiam majestatem bei Houard. loi angl. Norm II. p. 183 heißt es: nro 5. Invadiuntur res quandoque in mortuo vadio, quandoque non. Dicitur autem mortuum vadium illud cujus fructus vel redditus percepti interim in nullo se aquirunt. Eben ſo auch ſagt Glanvilla bei Houard I. p. 527—528.

28) Das alte Coutumier der Normandie verbietet übrigens das mort gage als Usura ch. 20 §. 8. Bei Houard p. 175 wird die l. c. bei beweglichen Pfändern ausdrücklich für gültig erklärt im angeführten Werke regiam Majestatem. Auch wird dem Gläubiger das Pfand, wenn der aufgebotene Schuldner nicht zahlt, zugeſchlagen. Das mortuum vadium wird aber ebenfalls für Usura erklärt. S. Merlin Repertoire, Wort gage in d. Oct. Ausg. B. 12. S. 480. Ferner über das Wort Antichrèse u. Mortgage t. 20. p. 449.

Stellen bei Beaumanoir überzeugen ſogleich vom Gegentheil. Als ein Wuchergeſchäft wird es jedoch im Buche regiam Majestatem, in dem älteren Coutumier de Normandie und bei Bouteiller erklärt. Loisel Institutes coutumiéres hat über beide livre III. titre 7 folgende Stelle: Il y a deux sortes de gages vif et mort, vif gage qui s' acquitte de ses issues, mortgage qui de rien ne s' acquitte.

Bouteiller erklärt das erſte ſo: Le vif-gage est celui, qui s' aquitte lui méme et dont le crèancier prend les fruits en payement de sa dette. Le mort-gage est celui qui ne s' acquitte pas lui méme, ou dont les fruits appartiennent au crèancier en pure perte pour le debiteur. Le mort-gage est usuraire [29]).

Unterſuchen wir nun, von welcher Zeit an das römiſche Verbot der Lex commissoria in die germaniſchen Rechtsquellen überging, wobei wir jedoch Deutſchland vorzüglich im Auge zu behalten haben.

Das älteſte Verbot in dieſen iſt gewiß das in den libris feudorum I, 27. §. 1. vorkommende. Schon die Rubrik des Titels verbietet die L. C., ſie lautet:

De feudo dato in vicem legis commissoriae reprobando.

Der §. erklärt:

Si quis obligaverit aliquam rem pignori eo pacto, ut si statuto tempore pecunia soluta non fuisset, res esset creditori et eam pro feudo habeat, potest debitor quandoque pecuniam solvendo, pacto non obstante pignus recuperare; feudum enim non sub praetextu pecuniae, sed amore et honore domini acquirendum est. Man ſieht aus den Endworten der Stelle, daß ein eigener Beweggrund den Verfaſſer derſelben beſtimmte, die L. C., wodurch

29) Ueber das engliſche Recht ſ. Phillips Reichs- und Rechtsgeſchichte B. II. 208. 281. 237. Deutſches Privatrecht I. S. 595.

ein Lehen beſtellt werden ſollte, für ungültig zu erklären; er findet ſie unverträglich mit der Natur des Lehens, weil der Lehensherr nur als Ehre dieſelbe geſtatten ſoll, nicht aber zur Tilgung einer Schuld.

Indem wir zu den in Deutſchland erlaſſenen Verboten der commiſſoriſchen Verpfändungen übergehen, führen wir vorerſt das der Reichsgeſetze an, dann die der uns bekannten der deutſchen Land- und Stadtrechte ſeit dem Ende des 15. Jahrhunderts [30]).

Ein allgemeines Verbot unſeres Vertrages für ganz Deutſchland enthält bekanntlich die Reichspolizeiordnung von 1577 unter dem Titel XX. §. 5.

Von Juden und ihrem Wucher. „Und dieweil man in Erfahrung kompt, daß die Juden mit den Chriſten ſondere Geding machen: da die eingeſetzte Pfand in genannter Zeit nicht gelöſet würden daß alsdann dieſelbe ihnen verfallen ſeyn ſollten", wann aber daſſelbig den Rechten zuwider, ſo ordnen wir, daß ſolches Geding verboten und nichtig ſeyn, und die Juden die genommenen Pfand, da dieſelben in gebührender Zeit von dem Schuldner nicht gelöſet würden, durch Erkenndnuß ihrer Obrigkeit, wie ſich zu Recht gebührt umgeſchlagen verkauft und das übrige Geld da dem Juden das Sein erreicht dem Schuldigen gefolgt und herausgegeben werde."

Obgleich dieſe Verfügung zunächſt gegen den Wucher der Juden gerichtet iſt, ſo enthält ſie dennoch ein allgemeines Verbot der **Lex commissoria**, weil ſie ja anführt, es ſey dieſe dem Rechte zuwider. Eigenthümlich iſt die Endbeſtimmung der Polizeiordnung, welche die Obrigkeit auffordert, ſolche Pfänder, wenn ſie am Verfalltage nicht eingelöſt wur-

30) Der Verfaſſer muß bedauern; daß er nur ſehr wenige anführen konnte; die Univerſitätsbibliothek in Freiburg iſt überaus arm an Werken dieſer Art. Einiges entnahm er Riccius und v. Teubern.

den, den Juden wegzunehmen und zu veräußern, dieſe zu bezahlen und den Ueberſchuß den Schuldnern herauszugeben.

Wir haben hier eine Vollzugsordnung des konſtantiniſchen Verbotes für beſondere Fälle.

Unter den uns bekannten Stadt- und Landrechten ſeit dem Ende des fünfzehnten Jahrhunderts [31]) verbieten die commiſſoriſchen Verpfändungen folgende:

1) Das 1520 von Zaſius redigirte Stadtrecht von Freiburg, unter dem Titel: Nüwe Stattrechten und Statuten der loblichen Statt Fryburg im Brejsgow gelegen. Fol 42 [32]).

2) Das Württembergiſche Landrecht in zwei Redactionen [33]).

---

31) Ch. H. Riccius in problema: num pactum commissorium I. §. XVII. XVIII.

32) Von Verpfändungen. Unzimlich pact und geding ſollen in verpfandungen nichtig ſeyn. Wir haben bisher erfaren, daß in Verſatzung der Pfanden mancherlei unzimlicher pact angedingt worden, nemlich das man die Pfandt in einer vermeinten Zit nit löſen ſoll ohn des ſchultherrn willen oder es würdt gedingt, wo der Schuldner nach geſchehener Erforderung oder uff das verſprochene Zit nit bezahle, daß das pfandt des Schultherren eigen oder ein kouff ſyn. darum ſetzen und wöllen wir daß ſolich und unzimlich pact, die durch argliſtig Geſuch erfunden werden, zenichſeyent, beſonder mag der Schuldner ſein Pfand erlöſen, wenn er will, er mags auch dem Gläubiger zu kouffen geben, doch das es durch erbar erfarne lüt geſchatzt, un die übermaß dem Gläubiger nach billigkeit herauß bezalt werd. Wo aber der Kouff nit ſtatt hett, ſoll den Gläubiger oder ſchuldtherr das pfand ihm ſelbs nit behalten. Er ſoll es auch mit eigener Gewalt onerfolgt rechtens nit angriffen noch verkouffen, ob im gleichwol im ſchuldbrieff nachgelaſſen war, das der Angriff on Recht beſchehen möcht; dann derſelb Zulaß ſoll nichts gelten, beſonder ſo, wenn im der ſchuldher nit länger warten wil, mag und ſoll er das uff offnen Gant nach unſer Stattrecht, wie obſtatt verkouffen, laſſen.

33) a. Des Fürſtenthums Würtemberg gemeine Landtsordnungen p. 234—235 vom Jahr 1585. Von Contracten. In Ver

3) Das Landrecht der Fürſtenthümer und Landen der Markgrafſchaft Baaden und Hochberg ꝛc. pag. 172, 173 [84]).

---

pfandungen ſollen unziemlich Pact und Geding nichtig ſeyn. Nachdem Wir auch in Erfahrung kommen, das bisher in Verſatzungen der Pfanden mancherlei unziemlich Pact angedingt worden, nämlich das man die Pfanden nach einer ernennten Zeit nit löſen ſoll ohn des Schuldherrn willen, oder das gedingt würdt, wann der Schuldner nach geſchehener Erforderung oder auf das verſprochene Zit nit bezahle, das das Pfand des Schuldherrn eigen oder ein Kauf ſeyn ſollte. Hierumb ſetzen und wöllen wir, das ſoiche und andere unziemliche Pact, die durch argliſtig und unzimlich Geſuch erfunden werden, nichtig und unbündig ſeyn ſollen; beſonder mag der Schuldner ſein Pfand erlöſen wann er will. Er mag es auch dem Gläubiger zu kaufen geben, doch das es durch erbare erfahrne Leut geſchätzt, und die Uebermaß dem Schuldner nach Billigkeit herausbezahlt werde. Wenn aber der Kauf nit ſtatt hette, ſoll der Gläubiger oder Schuldherr das Pfand ihme ſelbs nit behalten ſondern dem Schuldner gegen gebürliche Bezahlung wie obſtet volligen und wieder fahren laſſen; gleicherweiſ ſoll auch der Gläubiger mit eigner Gewalt unvervolgt Rechtens das Unterpfand nit angreifen, noch verkauffen ob im gleichwol in dem Schuldbrief nachgelaſſen war, das der Angriff ohn Recht beſchehen möchte, denn derſelb Zuſatz ſoll nichts gelten, Inſonderheit wan der Schuldhner nit langer warten will mag, und ſoll an das auff offnen Gantt nach obgeſetzter unſerer Gantordnung verkauffen laſſen. S. über das jetzige Recht Grieſinger II. S. 246. Weishaar II. 209 — 210. Ueber die neuen Geſetze vom 15ten April 1825 und vom 21ten Mai 1823 ſagt der letzte Schriftſteller; „Das Recht, das Pfand als Eigenthum zu behalten, wenn zur Verfallszeit nicht Zahlung geleiſtet worden, kann für den Gläubiger durch Nebenvertrag nicht erworben werden. L. ult. C. de pactis pignor. (8. 35).

b. Des Herzogthums Würtemberg ernewert Landrecht von 1609 und 1626. p. 258 — 259. Was für Pacten und Geding in Verpfänden ſtatt haben. Nachdem Wir in erfahrung kommen, daß bisher in Verſetzung der Güter ohnziemliche Pacten angedingt worden: Nämlich daß man die Pfand, da dieſelben zu löſen keine Zeit beſtimpt, ohn deß Schuldherrn Willen nicht löſen ſoll

4) Die Churpfälziſche Landesordnung vom Jahre 1582. Thl. II. Tit. 16. S. 29 [35]).

---

oder wenn der Schuldner nach beſchehener Erforderung oder auf das verſprochene Ziht nicht bezahle, daß das Pfand des Schuldherrn aigen und alſo umb die Schuld verkauft ſeyn ſolle, ſo wöllen und ſetzen Wir: daß ſolche und andere ohnziemliche Pacten die aus argliſtigem Geſuch fürgenommen werden, nichtig und ohnbündig ſeyn. Auch der Schuldner wo keine gewiſſe Zeit beſtimpt ſein Pfand, wenn er will, zu löſen, oder auch dem Gläubiger zu geben befugt ſeyn ſolle: doch daß in dieſem letzten Falle das Pfand durch erbare und erfahrne Leute geſchätzt und die Uebermaaß dem Schuldner nach Billigkeit herausbezahlt werde. Wenn aber der Kauf nicht ſtatt hette, ſoll der Gläubiger oder Schuldherr das Pfand ihme ſelbs nicht behalten ſondern dem Schuldner gegen gebührliche Bezahlung wie obſteht verfolgen und wiederfahren laſſen.

34) Es heißt; Von Unterpfanden insgemein. §. 8. Was die Geding, ſo etwann bei Verpfändungen der Güter von den Partheien gemacht und abgeredt werden, betreffen thut, wollen wir, daß ſolche, da ſie anderſt nicht unziemlich, in allweg gültig und kräftig ſeyen, als da abgeredt würde, daß der Schuldner das verpfändete Gut nicht veräußern oder verkaufen oder ſo er die Schuld in beſtimmter Zeit nicht wieder ablegte, alsdann dem Gläubiger das Pfand nach ſeinem rechten Werth dargeſchätzt von ihme die Uebermaß herausgegeben werden, oder ſo er das Intereſſe nicht gebürlich bezahlte, oder Schuldner die Abnutzung des Pfandes abrechnen ſollte, und was dergleichen ſeyn mag, Solches alles wollen wir unverbotten haben Andere Geding aber und Pacta, die unziemlich und inſonderheit da abgeredt und bedingt würde, daß wo die Schuld zur beſtimmten Zeit nicht wieder abgelegt oder der Schuldner das Pfand nicht mehr an ſich löſen könnte, daß alſo dann das verpfändete oder eingeſetzte, wenn es gleich die Schuld an Werth weit übertreffe des Schuldherrn eigen ſeyn und bleiben ſollte, Wollen Wir hiemit vor unkräftig und ungültig erklärt, auch diejenige, ſo eine ſolche und dergleichen unziemliche Bedingungen aufrichten mit gebührender Straf anzugehen uns vorbehalten haben. Ebenſo das erneuerte von 1700. S. 276.

35) Andere Geding aber als daß das verpfändete Gut des Schuldherrn ſey und bleibe wenn er die Schuld zum beſtimmten Ziele

5) Eine Churſächſiſche Verordnung vom Jahre 1609 [36]).

6) Das Landrecht von Sachſen-Gotha. Th. II. Tit. 20 [37]).

7) Das ihm hier gleichlautend ſachſen-altenburgiſche Landrecht Thl. II. cap. 4. Titl. 20. §. ult.

8) Die Polizeiordnung der Reichsſtadt Friedberg von 1680. Ausgabe von 1739 [38]).

---

nit entrichtet, oder daß der Schuldner die Pfand nicht mehr zu löſen haben ſolle, ſind alle unbündig kraftlos und nicht zu geſtatten.

36) Es heißt; Von wucherlichen Contracten und unzuläſſigen Conceſſionen. — Item daß einer ein geringes Geld auf Pfand ſo weit mehr werth iſt, ausleihet und darneben dieß ausbedingt, wenn es innerhalb gewiſſer Zeit nicht gelöſet wird daß es alsdann verſtanden ſeyn ſoll . . Siehe ferner

Torgauiſches Ausſchreiben vom 8ten Mai 1583 (Mencke, thes. 14. p. 19.) von Wucher und wucherlichen Contracten und Partiten C. A. t. I, p. 140 die Verordnung vom 26. Apr. 1625 C. A. t. I. p. 1124. — Siehe endlich Haubold, Lehrbuch des ſächſiſchen Privatrechts §. 212. v. h. von Teubern p. 25.

37) Es verbietet die Lex commissoria mit folgenden Worten: Nicht weniger wollen wir auch das in Rechten verworfene Pactum legis commissoriae daß nämlich ein zu bloßer Verſicherung gegebenes Pfand, da es in geſetzter Zeit nicht wieder eingelöſet würde, ſollte verſtanden ſeyn, obgleich daſſelbe unläugbar mehr als die geliehene Summe würdig, in unſeren Lande zugleich verboten haben.

38) Demnach auch die Erfahrung giebt, daß zum Vortheil der Eigennützigen den armen benöthigten Leuten aber zum größten Verderben, ſolche Pacta Geldausleihungen gemacht werden, daß der Lehner dem Ausleiher ſonſten zur Verſicherung gegebenen Güter ſo doch insgemein weit mehres ſich betragen, gleich ob ſie vor das geliehene Geld ihme verkauft wären, verſchreiben, und dazu die Clauſel annectiren, wenn die verkaufte innerhalb 3, 4, 5 oder mehreren ſpecificirten Jahren nicht wieder eingelöst würde, ſo dann der Ausleiher oder ſogenannte Käufer es vor ſein Eigenthum ganz zu halten und damit nach ſeinem Gefallen zu ſchal-

9) Vernewerte Landes Ordnung Erbkönigreichs Böhaimb. pag. 313, 314 [39]).

10) Das Churländiſche Recht verbietet es nach Nettelbladt Fasc. Rer. Curland I., 33. und Riccius und a. D. S. 34 [40]).

11) Der Stadt Worms reformirte Statuten u. Ordnungen u. ſ. w. von 1498 fol. 50 und ebenſo die

---

ten Macht haben, immittelſt aber bis zur Verfließung der benannten Jahre und ehe die Wiedereinlöſung geſchieht der Käufer die, ſelbe anſtatt der Penſion dazu mit verbottenem Uebermaaß genießen ſoll; So ordnen wir daß Solches vor einen wucherlichen Contract gehalten, Der Ausleiher oder ſogenante Käuffer ohnangeſehen die beſtimmte Zeit der Wiedereinlöſung verfloßen, dennoch ſolche auf Wiegereinlöſung verkauften Güter ſo er die Zeit über genoßen, gegen Erlegung des Capitals und was er als ſonſt rechtmäßig zu fordern hätte ihme Verkäufer reſtituiren ſolle.

39) K. 35. Wann ein Pfandsverſchreibung dahin geſtellt wäre, daß ſich einer verobligirt, in einer gewiſſen Zeit das Gut abzulöſen, und er ließ die Zeit fürüber gehen, uns löste das Gut nicht ab, wie ſolches die Verſchreibung beſagt, ſo ſolle ihme hernach zu der Ablöſung kein Recht mehr verſtattet werden.

K. 36. Da einer ein Pfand dermaßen verſchrieben hätte, daß er ihm vorbehalten ſein Lebzeit über, wenn es ihm gefällig die Ablöſung zu thun; ſo ſollen deß Abgeſtorbenen Erben und andere Anwartſchaften zu der Ablöſung befugt ſeyn gleichermaſſen wie der ſo das Pfand dergeſtallt verſchrieben.

Wenn ſo derjenige, welcher die Pfandſchrift hielte, Jemanden ſein Pfandrecht verkaufen oder verſchreiben und unterdeſſen mit Tod abgienge, ſo ſollen ſeine Nachkommen, die ein Anfall nach ihme haben, zu ſolcher Verſchreibung wolbefugt ſeyn. Wenn alle dergleichen wie obgemeldete Pfandverſchreibungen und Gerechtigkeiten können übergeben abgetretten oder verkauft werden dieweil ein jeder mit ſeiner Gerechtigkeit und dem ſo ihm zuſteht thun kann und mag wie ihm gefällig.

40) Es heißt: Conventio talis ut certo tempore, pecunia non soluta, pignus in commissum cadat creditori, admitti non debet nisi pignus aestimatum creditori datum fuerit.

Satzung Statuten, und Ordnungen beſtändiger guter Regierung der weiland Reichsſtadt Worms von 1631 [41]).

---

41) Es heißt: Von Pact oder Pennen, die in verpfendungen verbotten ſeyn.

Tit. IX. Pact oder Penne ſo in verpfandungen hab oder Güter zugeſetzt werdenn, etlich ſeind nütz und gut, etlich unnütz und nit gut. Nütz Penne oder Pact ſeind mancherlei: als zugeſetzt wird, wann der ſchuldner nit bezahlt, das dann der ſchuldhner mit einer beſonderlichen maße oder zeit, oder an ein ſtatt des pfandt verſetzen oder fürter verkaufen möge.

Oder ſo der Schuldner auff ein beſtimpt Ziele nit bezahlung thulte, das dann das pfand nach ſeinem rechten werdt geachtet oder geſchetzt, und der ſchultherr die übermaß bezahle, und dann daßelb pfandt inhaben und beſitzen ſol als ſein verkauft gut.

Oder ſo der ſchuldner ſeinem Bürgen hat verſprochen um einer beſtimpten Zeit zu ledigen und ſo er das nit thette und der bürg den ſchuldherren bezalet, das dann der bürg dieſelben güter, die dem Schultherrn verpfandt waren geweſen, für ſein ausgeben gelt gekaufft ſollt haben. Solich pact und willten ſollen nützlich tüglich und kraftig ſein, uno gehalten werden.

Onnütz pact genant legis commissoriae ſeind, ſo einer dem anderen hab und Güter pfandweiſe einſtellet. mit ſollichen penne, pact, oder geding, So der ſchuldner nit bezahlte auf die beſtimpte Zeit, das dann das pfandt dem Schultherrn für die Summ der Schuld ſollte verfallen ſeyn, als hette er das pfand umb das ausgegeben Geld kaufft.

Desgleichen ſo einer ſich verſchriebe zu bezahlen das ihm nitt gelauhen oder das er nit ſchuldig were.

Oder da ſich einer verſchrieben das er das pfand nit wieder löſen wöllt ewiglich oder in einer beſtimpten zeit, oder vor dem Ziele der Bezahlung.

Oder ſo Geding gemacht würd, das der ſchuldner das pfand nicht verkaufen ſollt, Solich und geleichen pact ſind unnütz und unbündig.

Auch ſo der ſchuldner und ſchuldther mit einander übertrugen das der Schuldtherr das pfand nit verſetzen oder verandern ſolt, mag nit deßminder der Schultherr das pfand verſetzen verkaufen oder verpfanden, doch das er ſolchs dem ſchuldner zu dreyen Malen zu vor verkünde.

12) Es enthält das von Mevius redigirte Mecklenburgiſche Landrecht, Thl. III, Tit. 15, §. 16 ein Verbot [42]).

13) Das preußiſche Provinzialrecht. Ausgabe von 1722. Thl. II, Buch IV. Titl. V. Art. 4. §. 6 [43]).

14) Das allgemeine Landrecht für Preußiſche Staaten. 1. Thl. 2. Bd. 1821. Berlin. pag. 429 [44])

15) Sehr umfaſſend iſt die Verfügung des allgemeinen

---

42) Es heißt: Iſt auf den Rückzahlungsfall verabredet, daß der Gläubiger anſtatt der Schuld das Pfand behalten, und ſich zueignen möge, obgleich ſolches Eydlicher verſprochen, iſt es zu Recht ungültig: daß aber vor einen gewiſſen zur Zeit der Verpfändung geſetzten Werth, wenn ſolcher nicht gar zu liederlich, oder was es Zeit gebührender aber nicht geſchehener Zahlung nach Markgängigem Preiß oder ehrlicher Biedermänner Aestimation ſich zueignen möge, mag wohl verglichen werden und ſoll beſtändig ſeyn.*)

43) Es heißt: Gleicher Geſtalt wollen wir auch hiermit als ein unnütz injuſt und den Rechten zuwider das Pactum legis commissoriae in den Pfändungen gänzlich abgethan und verworfen haben. Und obgleich vorgedachtes pactum legis commissoriae mit dem Eidte beſtätiget und confirmiret worden, ſo ſoll es doch nicht Krafft und ſtatt haben.

44) §. 33. Ein Vertrag daß bei ausbleibender Zahlung die verpfändete Sache dem Gläubiger für die Schuld oder für einen im Voraus beſtimmten Werth zufallen ſoll, iſt in Anſehung beider Theile ohne Wirkung.

§. 34. Wenn aber nach eingetrettenem Verfalltage der Gläubiger und Schuldner, über den Werth, wofür die verpfändete Sache dem Erſteren überlaſſen ſeyn ſollte, ſich vereinigen, ſo hat ein ſolches Abkommen zwiſchen ihnen verbindliche Kraft.

§. 35. Ein Vertrag daß das vom Hauptſchuldner eingelegte Pfand dem Bürgen verfallen ſolle, wenn dieſer von der Bürgſchaft nicht befreiet würde, iſt ungültig.

*) Nach dem Abdruck der Handſchrift bei Westphal monumenta inedita Res German. I. p. 798 in Riccius Problema S. 35, (In Kamptz Mecklenb. Privatr. ſteht nichts hierüber.)

Geſetzbuches für die geſammten deutſchen Erbländer der öſterreichiſchen Monarchie [45]).

16) Der Code civil. verbietet die L. c. im Art. 2078 [46]).

17) Die Hamburger Statuten von 1604. Band 2. Tit. 4 [47]).

18) Ein ſolches Verbot kennt auch das Frankfurter Recht [48]).

---

45) Es heißt hier im Art. 1371: Alle der Natur des Pfand und Darleihensvertrages entgegenſtehende Bedingungen und Nebenverträge ſind ungültig. Dahin gehören die Verabredungen; daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandſtück dem Gläubiger zufalle, daß er es nach Willkür oder in einem ſchon im Voraus beſtimmten Preiſe veräußern oder für ſich behalten könne, daß der Schuldner das Pfand niemahls einlöſen oder ein liegendes Gut keinem Andern verſchreiben oder daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe.

46) Es heißt: Le crèancier ne peut á dèfaut de payement disposer du gage, sauf á lui de faire ordonner. en justice, que ce gage lui demeurera en payement et jusqu'á dûe concurrence d'après une*) éstimation faite par experts ou qu' il sera vendu aux enchéres. Toute clause qui autoriserait le crèancier á s' approprier le gage ou á en disposer sans les formalitès ci dessus. est nulle.

47) Es heißt in Art. 10: Es mag aber keine Verpfändung dergeſtalt und mit dem Beding geſchehen, daß wenn das Pfand innerhalb gewiſſer vorbeſtimmter Zeit nicht wieder eingelöst und die ſchuld bezahlt wird, alsdann daſſelbig Pfand des Gläubigers eigen ſeyn ſoll und fürder nicht mehr eingelöst werden möge: ſolch geding iſt als wucherlich, wann es gleich mit einem Eid betheuert wäre, für nichtig und kraftlos zu halten.

48) Ueber das in Frankfurt 1811 geltende Recht hat Adlerpflycht B. 1, 2. S. 370 folgende Stellen. Der Vertrag, daß der Gläubiger des Pfand nicht verkaufen ſolle wird nicht geachtet, weil die Befriedigung durch den Verkauf der Sache dem Pfandrecht weſentlich iſt,

*) Merlin, m. gage in der Octav-Ausgabe Th. 13. p. 487.

Vergleicht man die von uns angezogenen Stellen aus den verschiedenen Land- und Stadtrechten Deutschlands mit einander, so findet man

1. daß die Meisten die **Lex commissoria** bei Verpfändungen allgemein und unbedingt verbieten, ohne auf die verschiedenen unter den Legisten, Romanisten und Praktikern bestrittenen Fragen Rücksicht zu nehmen. Sehr häufig ist das Verbot so gemacht, daß es den Vertrag, wodurch der Schuldner auf das Einlösungsrecht verzichtet, für ungültig erklärt.

Auch werden diese Verabredungen als wucherliche Geschäfte verboten, vrgl. Nro. 1, 2, 6, 8, 16.

2. In einigen wenigen werden die verschiedenen Lastungsweisen des verbotenen Nebenvertrags aufgeführt, z. B. in Nro. 3, 4, 5, 11.

3. Ausdrücklich erlaubt wird die Entsagung auf das Einlösungsrecht des Pfandes in der böhmischen Landesordnung,

4. Die eidliche Bestätigung der **Lex commissoria** wird für ungültig erklärt in 12, 13, 17.

5. Die vorher verabredete Ueberlassung des Pfandes, auf den Nichtzahlungsfall für einen im Voraus bestimmten billigen Preis wird gestattet in Nro. 9.

Auf der anderen Seite ist aber der Vertrag (L. C.) nichtig, welcher dahin geht, daß dem Gläubiger im Falle unterbleibender Zahlung ohne Verkauf das Pfand verfallen seyn solle*). Doch ist er nicht ungültig, wenn er erst nach der Verpfändung geschlossen wird**).

Auch ist es kein ungültiger commissorischer Vertrag, wenn bei der Verpfändung ausgemacht wird der Gläubiger könne die Sache für einen jetzt oder dereinst zu bestimmenden billigen Preis käuflich behalten oder sie solle dann dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen zufallen***).

*) L. ult. C. de pacto pign. 8 35.

**) L. 13. C. 8. 14. Thibaut. System §. 649.

***) l. 16. ult. D. 20. 1. l. ult. D. 18. 1; citirt werden Weber und Gönner.

6. Am meiſten zeigt ſich der Einfluß der wiſſenſchaftlichen Bearbeitnng der Lehre von der **Lex commissoria** nach dem römiſchen Rechte im preußiſchen Landrecht [49]) Nro. 14. Es enthält nämlich dieß:

a) Ein allgemeines Verbot der **Lex commissoria**.

b) Die Gültigkeitserklärung der unbedingten **in solutum datio** des Pfandes nach dem Verfalltage, alſo keine bedingte frühere wenn auch nach der Verpfändung verabredete.

c) Ein beſonderes Verbot der **Lex commissoria** zu Gunſten des zahlenden Bürgen.

V.

Zur Lehre von den ſogenannten Transmiſſionsfällen.

Zweiter Beitrag. *)

Von der transmissio Theodosiana.

Von

v. Vangerow.

Durch die lex **Julia et Papia Poppaea** war bekanntlich der Grundſatz eingeführt worden, daß das durch letzten Willen Jemanden Hinterlaſſene ſtets kaduk werden ſollte, wenn der Honorirte vor Eröffnung des Teſtaments wegfalle,

Ulp. frag. XVII. 1. „Quod quis sibi testamento relictum, ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceci-

---

49) Das Frankfurter Recht (Nro. 17.) iſt das Gemeine.

*) Der erſte Beitrag: „Von der transmissio Justinianea“ findet ſich in dieſem Arch. Bd. XXIV. Nro. 5. S. 158—195.